



**University of  
Zurich**<sup>UZH</sup>

**Zurich Open Repository and  
Archive**

University of Zurich  
University Library  
Strickhofstrasse 39  
CH-8057 Zurich  
[www.zora.uzh.ch](http://www.zora.uzh.ch)

---

Year: 2013

---

## **Der europäische Einfluss auf das schweizerische Wettbewerbsrecht**

Hager, Patricia

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-87093>

Book Section

Originally published at:

Hager, Patricia (2013). Der europäische Einfluss auf das schweizerische Wettbewerbsrecht. In: Fahrländer, Lukas; et al. Europäisierung der schweizerischen Rechtsordnung. Zürich: Dike Verlag, 545-565.

**Sonderdruck aus:**

---

**Lukas Fahrländer / Reto A. Heizmann (Hrsg.)**

# **Europäisierung der schweizerischen Rechtsordnung**

**(APARIUZ Band 15)**



**DIKE**

Zürich / St. Gallen 2013

ISBN 978-3-03751-587-7

# **Der europäische Einfluss auf das schweizerische Wettbewerbsrecht**

## **Eine Analyse anhand der Entwicklung des Kartellgesetzes und der Rechtsprechung des Bundesgerichts**

*Patricia Hager*

### **Inhaltsübersicht**

I. Einleitung	546
II. Der Einfluss des europäischen Wettbewerbsrechts auf die schweizerische Gesetzgebung	546
A. Die Kartellgesetze von 1962 und 1985	546
B. Das Kartellgesetz von 1995	547
C. Die Kartellgesetz-Teilrevision von 2003	548
D. Die aktuelle Kartellgesetzrevision	550
III. Einfluss des europäischen Wettbewerbsrechts auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts	551
A. Der Swisscom-Entscheid des Bundesgerichts	552
1. Hintergrund	552
2. Der Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts	552
3. Der Entscheid des Bundesgerichts	553
B. Die Europakompatibilität des Swisscom-Urteils	554
1. Die Notwendigkeit einer europakompatiblen Auslegung	554
2. Die Auslegung des Art. 7 Abs. 2 lit. c KG durch das Bundesgericht	556
C. Der Publigroupe-Entscheid des Bundesgerichts	556
1. Hintergrund	556
a. Die Publigroupe SA	556
b. Die Funktionsweise von Pressewerbung in der Schweiz	557
2. Die Entscheide der Vorinstanzen	558
3. Der Entscheid des Bundesgerichts	559
D. Die Europakompatibilität des Publigroupe-Urteils	559
1. EMRK-Konformität des Kartellbussgeldverfahrens	559
2. Fragen im Zusammenhang mit Art. 7 KG	561
a. Die Unbestimmtheit von Art. 7 KG	561
b. Bestimmung und Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung	562
IV. Schlussbemerkungen	562
Literaturverzeichnis	563
Materialienverzeichnis	565

## **I. Einleitung**

Mit der laufenden Kartellgesetzrevision nähert sich das Schweizer Kartellrecht immer mehr einem materiell weitgehend europakompatiblen Erlass.<sup>1</sup> Diese Entwicklung wird auch vom Bundesgericht bestätigt, das im Publigroupe-Urteil den Stellenwert des europäischen Kartellrechts in Bezug auf das Schweizer Kartellrecht unterstreicht. Damit setzt es einen deutlich anderen Akzent als noch im Entscheid zu den Terminierungsgebühren von Swisscom, der ein Jahr zuvor gefällt wurde.

Vor diesem Hintergrund will der vorliegende Beitrag untersuchen, welchen Einfluss das europäische Recht auf das schweizerische Kartellgesetz sowie auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts bei wettbewerbsrechtlichen Entscheiden hat. Da sich das Bundesgericht bisher nur in zwei Urteilen (Swisscom und Publigroupe) differenziert zum Verhältnis zwischen schweizerischem und europäischem Wettbewerbsrecht geäußert hat, sollen anhand dieser beiden Entscheide Berührungspunkte, Konvergenzen und Divergenzen aufgezeigt werden.

## **II. Der Einfluss des europäischen Wettbewerbsrechts auf die schweizerische Gesetzgebung**

Die Stellung des EU-Rechts durchwanderte im Laufe der Geschichte des schweizerischen Kartellrechts unterschiedliche Phasen: Während in den Anfängen eine Anlehnung an das europäische Recht bewusst abgelehnt wurde, wurden bei der Kartellrechtsnovelle im Jahr 1995 die materiell-rechtlichen Bestimmungen zu grossen Teilen an das europäische Kartellrecht angeglichen. Bei der Kartellgesetz-Teilrevision im Jahre 2003 schliesslich orientierte sich der Gesetzgeber verstärkt an der internationalen *Best Practice*. Diese Methode wird auch bei der aktuell laufenden Revision des Kartellgesetzes angewendet. Dabei bleibt natürlich die Kompatibilität mit dem EU-Recht eine zentrale Richtschnur.<sup>2</sup>

### **A. Die Kartellgesetze von 1962 und 1985**

Das erste schweizerische Kartellrecht trat im Jahr 1962 in Kraft. Damals war die Schweiz noch ein stark kartelliertes Land, die Kartellwirtschaft war akzeptiert und Wettbewerbsabsprachen wurden im Wesentlichen als zulässig und nützlich angesehen. Diese Einstellung schlug sich auch im neu geschaffenen Kartellgesetz nieder, welches im Gegensatz zum europäischen Kartellrecht weder ein grundsätzliches Kartellverbot<sup>3</sup> beinhaltete noch auf den Schutz des wirksamen Wettbewerbs ausgerichtet war. Das Kartellgesetz beabsichtigte einzig, missbräuchliche Verhaltensweisen von Kartellen und kartellähnlichen Organisationen zu bekämpfen. Eine Orientierung am europäischen Kar-

---

<sup>1</sup> Vgl. dazu STURNY, in: COTTIER, 107, 107.

<sup>2</sup> STURNY, in: COTTIER, 107, 107 ff.

<sup>3</sup> Das Kartellverbot war im Art. 85 EWGV (heute: Art. 101 AEUV) verankert.

tellrecht wurde vom Gesetzgeber klar abgelehnt.<sup>4</sup> Nur vereinzelt wurde das europäische Kartellrecht rechtsvergleichend im Gesetzgebungs- und Revisionsprozess erwähnt.<sup>5</sup>

Der Schwerpunkt des neu geschaffenen Kartellgesetzes lag bei den zivilrechtlichen Regelungen.<sup>6</sup> Trotzdem kam der zivilrechtlichen Durchsetzung des Kartellrechts kaum Bedeutung zu. Grund dafür war, dass das Gesetz sehr weitgehende Rechtfertigungsmöglichkeiten für Wettbewerbsbeschränkungen vorsah. Als Ergänzung zu den zivilrechtlichen Möglichkeiten konnte die Kartellkommission Sonderuntersuchungen über die schädlichen Auswirkungen von Kartellen durchführen, um beim Bundesgericht gegen ein Kartell eine verwaltungsrechtliche Klage zu erheben. Bei diesen Sonderuntersuchungen wurden mit der so genannten „Saldomethode“ die nützlichen und die schädlichen Auswirkungen des Kartells gegeneinander abgewogen. Da allerdings verschiedene politische Zielsetzungen in die Abwägungen einflossen, überwogen meist die nützlichen Auswirkungen. Obwohl das Kartellgesetz im Jahr 1985 revidiert wurde, brachte es keine grundlegenden Änderungen mit sich und blieb in seinen Grundstrukturen unverändert.<sup>7</sup>

## **B. Das Kartellgesetz von 1995**

Erst mit der Kartellrechtsnovelle im Jahr 1995 erfuhr das schweizerische Kartellrecht substantielle Änderungen und es fand gewissermassen ein Paradigmenwechsel statt.<sup>8</sup> Diese Neuausrichtung zeigte sich insbesondere daran, dass das Konzept des wirksamen Wettbewerbs zum Grundpfeiler des Kartellgesetzes erhoben wurde.<sup>9</sup> Ebenso wurde die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs neu als sozial schädlich klassifiziert und sollte nur noch in Ausnahmefällen<sup>10</sup> toleriert werden.<sup>11</sup>

In materieller Hinsicht wurde das Kartellgesetz nach dem Vorbild des europäischen Kartellgesetzes auf drei Säulen aufgebaut: den Wettbewerbsabreden, den missbräuchlichen Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen sowie der Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen.<sup>12</sup> Doch es blieb nicht nur bei einer strukturellen Angleichung. Auch inhaltlich orientieren sich die Normen am EU-Recht: So lehnen sich die Bestimmungen für Wettbewerbsabreden und für missbräuchliches Verhalten marktbe-

---

<sup>4</sup> STURNY, in: COTTIER, 107, 108 f.

<sup>5</sup> So etwa Amtl. Bull. NR 1962, 613, Votum SCHÜRMANN.

<sup>6</sup> Bot. KG, BBl. 1961 II, 563 f. Vgl. HETTICH, Rz. 112.

<sup>7</sup> HETTICH, Rz. 112 ff.; HOFFET, in: FS Bechtold, 191, 192.

<sup>8</sup> STURNY, in: COTTIER, 107, 109; HOFFET, in: FS Bechtold, 191, 194; BORER, in: BORER, Vor Art. 1 ff. N 1, 3.

<sup>9</sup> Dadurch wurde das Kriterium des wirksamen Wettbewerbs zu einem wesentlichen Merkmal bei der Beurteilung von wettbewerbsbeschränkendem Verhalten. Weiterführend zum Schutzobjekt „Wirksamer Wettbewerb“: BALDI, in: ZÄCH, 3, 4 f.

<sup>10</sup> Etwa aus kultur-, sozial- oder wirtschaftspolitischen Gründen.

<sup>11</sup> STURNY, in: COTTIER, 107, 109 f.; HETTICH, Rz. 123 ff.; HOFFET, in: FS Bechtold, 191, 195.

<sup>12</sup> STURNY, in: COTTIER, 107, 109; HEINEMANN, in: WEBER/HEINEMANN/VOGT, 43, 45.

herrschender Unternehmen an Art. 101 und 102 AEUV<sup>13</sup> an, und die Fusionskontrolle wurde nach europäischem Vorbild<sup>14</sup> eingeführt.<sup>15</sup>

Eine wichtige Neuerung im institutionellen Bereich und gleichzeitig eine weitere Angleichung an das europäische Recht war die Einführung einer Verfügungskompetenz für die neu geschaffene Wettbewerbskommission. Durch diese Befugnis konnte sie unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen durch Verfügungen untersagen und im Wiederholungsfall fehlbaren Unternehmen Bussgelder auferlegen. Direkte Sanktionen waren aber (im Gegensatz zur EU) nicht möglich.<sup>16</sup>

Diese eben dargestellten Anpassungen wurden bewusst an das europäische Recht angelehnt.<sup>17</sup> So hiess es in der Botschaft zum neuen Kartellgesetz, dass „*die Regelungsmuster des Wettbewerbsrechts der Europäischen Union insoweit berücksichtigt [wurden], als nicht aus sachlichen Gründen unterschiedliche Lösungen angezeigt erschienen*“.<sup>18</sup> Sachliche Gründe für eine vom EU-Recht abweichende Regelung sah der Bundesrat bei den Wettbewerbsabreden und bei der Fusionskontrolle: So wurde bezüglich Wettbewerbsabreden in der Schweiz das Missbrauchsprinzip angewendet, während in der EU das Verbotsprinzip zum Zug kam, und im Hinblick auf die Fusionskontrolle wurden die Aufgreif- und Eingreifkriterien in der Schweiz im Gegensatz zum EU-Recht relativ schwach ausgestaltet.<sup>19</sup> Das ist vor allem darauf zurückzuführen, dass die präventive Fusionskontrolle in Wirtschaftskreisen auf Kritik stiess.<sup>20</sup>

### C. Die Kartellgesetz-Teilrevision von 2003

Kernstück der Kartellgesetz-Teilrevision im Jahr 2003 war die Einführung direkter Sanktionen: Neu können Wettbewerbsabreden, die Preis-, Mengen- oder Gebietsabreden zum Gegenstand haben (sog. „harte Kartelle“),<sup>21</sup> sowie der Missbrauch von Marktmacht<sup>22</sup> direkt sanktioniert werden.<sup>23</sup> Damit soll primär die präventive Wirkung der ge-

---

<sup>13</sup> Ehemalige Art. 81 und 82 EGV.

<sup>14</sup> Nach dem Vorbild der damaligen europäischen Fusionskontrollverordnung.

<sup>15</sup> STURNY, in: COTTIER, 107, 109 f.; HOFFET, in: FS Bechtold, 191, 195; BORER, in: FS Zäch, 217, 220.

<sup>16</sup> STURNY, in: COTTIER, 107, 109 f.; HOFFET, in: FS Bechtold, 191, 195.

<sup>17</sup> Ob dies als autonomer Nachvollzug zu qualifizieren ist, darüber herrscht in der Literatur und in der Rechtsprechung Uneinigkeit. Ausführlich zu diesem Thema: AMGWERD, 36 ff.; SPINNER/MARITZ, in: FS Zäch, 127, 128 ff.; STURNY, in: COTTIER, 107, 112 ff. Vgl. dazu auch die Ausführungen des Bundesgerichts im Swisscom-Entscheid vom 11. April 2011, BGE 137 II 199, 209 E 4.3.2.

<sup>18</sup> Bot. KG, BBl. 1995 I, 471.

<sup>19</sup> STURNY, in: COTTIER, 107, 110. Vgl. Bot. KG, BBl. 1995 I, 470, 519 ff.

<sup>20</sup> STURNY, in: COTTIER, 107, 110. Vgl. Amtl. Bull. NR 1995, 1057 ff., Votum LEDERGERBER und Votum JAEGER.

<sup>21</sup> Betroffen von direkten Sanktionen können nach Art. 49a KG sowohl Unternehmen gleicher Marktstufe nach Art. 5 Abs. 3 KG (horizontale Abreden) als auch Unternehmen verschiedener Marktstufen nach Art. 5 Abs. 4 KG (vertikale Abreden) sein.

<sup>22</sup> Nach Art. 7 KG.

<sup>23</sup> Im Gegensatz zum EU-Kartellrecht können aber nicht alle Verstösse gegen das Kartellgesetz sanktioniert werden. Vgl. ZÄCH, in: BREUSS/COTTIER/MÜLLER-GRAFF, 183, 191.

setzunglichen Regelungen erhöht werden.<sup>24</sup> Durch die ebenfalls neu eingeführte Bonusregelung soll die Wirkung der Sanktionen zusätzlich gestärkt werden. Denn mittels der Bonusregelung kann die WEKO bei Unternehmen, die an der Aufdeckung und der Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung mitwirken, auf eine Sanktion ganz oder teilweise verzichten.<sup>25</sup>

Entscheidender Auslöser für die Einführung der direkten Sanktionen für harte Kartelle in der Schweiz war der Vitaminkartell-Eklat, bei dem das Schweizer Unternehmen Hoffmann-La Roche AG eine zentrale Rolle<sup>26</sup> spielte. Während die USA und die EU den Mitgliedern des Vitaminkartells beträchtliche Geldbussen auferlegen konnten, war die WEKO einzig dazu befugt, die Widerrechtlichkeit des Kartells festzustellen.<sup>27</sup> Diese ernüchternde Bilanz der Untersuchung zeigte, wie wirkungslos das schweizerische Kartellgesetz in einem solchen Fall ist. Und das blieb nicht ohne Folgen: Bereits drei Jahre später wurde das revidierte Gesetz vom Parlament verabschiedet und das Sanktionssystem wurde an die internationale Praxis angepasst.<sup>28</sup> Mit den Bundesgerichts-Entscheidungen zu Swisscom und Publigroupe liegen nun auch die ersten beiden höchstrichterlichen Urteile zu den direkten Sanktionen im Kartellrecht vor.

Was den Einfluss des europäischen Rechts auf die Ausarbeitung der Teilrevision von 2003 betrifft, so sprach der Bundesrat in der Botschaft bezüglich der direkten Sanktionen von einer „Nachbildung“<sup>29</sup> des europäischen Rechts.<sup>30</sup> Neben der Einführung der direkten Sanktionen mit dem neu geschaffenen Art. 49a KG wurden bei der Teilrevision des Kartellgesetzes im Jahr 2003 noch weitere Änderungen eingeführt: Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens in Art. 4 Abs. 2 KG wurde konkretisiert<sup>31</sup>, die verschärfte Meldepflicht bei Zusammenschlüssen zwischen Medienunternehmen wurde aufgehoben, die Kriterien für die Meldepflicht für Zusammenschlüsse im Bereich der Finanzdienstleistungen wurde an die geänderten Regelungen der EU angepasst<sup>32</sup> und für die Erhebung von Gebühren durch die WEKO wurde ein eigener Artikel geschaffen.<sup>33</sup>

---

<sup>24</sup> Bot. KG, BBl. 2002, 2023; Synthesebericht Evaluation KG 2009, Rz. 13.

<sup>25</sup> Art. 49a Abs. 2 KG. Vgl. dazu auch: Synthesebericht Evaluation KG 2009, Rz. 14.

<sup>26</sup> Gemäss Europäischer Kommission war die Hoffmann-La Roche AG „Anstifter“, „Haupttriebkraft und Hauptnutzniesser“ der Vitaminkartelle. Die Hoffmann-La Roche AG musste aus diesem Grund mit 426 Mio. Euro auch die höchste Geldstrafe aller beteiligten Unternehmen bezahlen. Vgl. Medienmitteilung der Europäischen Kommission vom 21. November 2001, IP/01/1625.

<sup>27</sup> Entscheid vom 19. April 2000, RPW 2000/2, 186.

<sup>28</sup> STURNY, in: COTTIER, 107, 115; STOFFEL, in: ZÄCH/STOFFEL, 1, 2.

<sup>29</sup> Bot. KG, BBl. 2002, 2026.

<sup>30</sup> Vgl. STURNY, in: COTTIER, 107, 115.

<sup>31</sup> Es wurde konkretisiert, dass unter dem Begriff Marktteilnehmer sowohl Mitbewerber, Anbieter als auch Nachfrager zu verstehen sind. Dadurch wurde klargestellt, dass „bei der Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens nicht allein auf Marktstrukturdaten abzustellen ist, sondern die konkreten Abhängigkeitsverhältnisse auf dem Markt zu prüfen sind“. Vgl. Bot. KG, BBl. 2002, 2045.

<sup>32</sup> Grund dafür war, dass seit der Umstellung der europäischen Fusionskontrollverordnung bei einem Zusammenschlussvorhaben zwischen einem schweizerischen und einem europäischen Unternehmen unterschiedliche Berechnungsgrundlagen zum Zuge gekommen wären. Vgl. Bot. KG, BBl. 2002, 2026, 2044.

<sup>33</sup> Bot. KG, BBl. 2002, 2023.

## D. Die aktuelle Kartellgesetzrevision

Hauptpunkte der aktuellen Kartellgesetzrevision sind die folgenden sechs Elemente: (1) *Eine Stärkung der Unabhängigkeit der Institutionen* durch die Trennung der Untersuchungs- und Entscheidungsbehörde mittels der Schaffung eines Wettbewerbsgerichts, (2) *die Revision von Art. 5 KG* durch die Einführung eines Teilkartellverbotes, wonach drei Arten horizontaler Abreden und zwei Arten vertikaler Abreden per se<sup>34</sup> verboten sein sollen, (3) *die Stärkung des Kartellzivilrechts* durch die Ausdehnung der Klagelegitimation auf alle von Kartellen betroffenen Personen, (4) die Anpassung der Beurteilungskriterien bei der Fusionskontrolle, (5) die Sanktionsminderung dank Compliance-Massnahmen<sup>35</sup> (6) und schliesslich eine Verbesserung des Widerspruchsverfahrens.<sup>36</sup>

Die laufende Kartellgesetzrevision ist die Folge der Evaluation des Kartellgesetzes in den Jahren 2008 und 2009. Ziel der Evaluierung war es, die Wirkung des Schweizerischen Kartellgesetzes zu überprüfen und dadurch zu analysieren, ob Revisionsbedarf besteht.<sup>37</sup> Dazu gehörte auch ein profunder Rechtsvergleich des schweizerischen Gesetzes mit der Rechtsordnung anderer Industriestaaten und der EU. In Folge dessen kam die Evaluations-Gruppe zum Schluss, dass sich das Schweizer Kartellrecht zwar durch die Revisionen in den Jahren 1995 und 2003 an die internationale *Best Practice* angenähert hat, allerdings noch nicht alle Bereiche den internationalen Standards entsprechen.<sup>38</sup>

Europakonformität herzustellen ist zwar nicht das primäre Ziel der Kartellgesetzrevision<sup>39</sup>, trotzdem ist der Einfluss des europäischen Rechts auf die laufende Kartellgesetzrevision unverkennbar und kommt in der Botschaft sehr deutlich und transparent zum Ausdruck. So betont die Botschaft unter dem Titel „Revisionsziele“ etwa, dass die Revision *„der Entwicklung der europäischen Gesetzgebung Rechnung tragen“*<sup>40</sup> soll. Ebenso wird im Kapitel „Rechtsvergleich“ differenziert auf das EU-Recht eingegangen<sup>41</sup> und in den einzelnen Kapiteln mit den Erläuterungen zu den vorgeschlagenen Revisionspunkten wird das europäische Recht explizit erwähnt.<sup>42</sup> All diese Aspekte zeigen, dass sich

<sup>34</sup> Dies vorbehaltlich einer Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz.

<sup>35</sup> Dieses Revisionselement geht auf die Motion Schweiger zurück. Danach sollen Vorkehrungen zur Verhinderung von Kartellrechtsverstössen durch Unternehmen sanktionsmindernd berücksichtigt werden. Vgl. Bot. KG, BBl. 2012, 3931 f.; Erläuternder Bericht, Teil 2, 17; STURNY, in: COTTIER, 107, 118. Nicht berücksichtigt wurden hingegen die ebenfalls in der Motion Schweiger geforderten Strafsanktionen für natürliche Personen. Vgl. dazu Bot. KG, BBl. 2012, 3920. Ausführlich zu den Gründen: Bericht des Bundesrates zur Abschreibung der Motion Schweiger, BBl. 2012, 1835 ff.

<sup>36</sup> Bot. KG, BBl. 2012, 3921–3933. Im März 2013 hat der Ständerat allerdings die Institutionenreform verworfen, das Teilkartellverbot um eine Opportunitätsklausel ergänzt sowie den Art. 7a KG angenommen, welcher eine unzulässige Behinderung des Einkaufs im Ausland unter Strafe stellt. Vgl. Amtl. Bull. StR 2013, 315 ff., 331 ff., 336 ff.

<sup>37</sup> STURNY, in: COTTIER, 107, 117 ff.; Synthesebericht Evaluation KG 2009, IX.

<sup>38</sup> Vgl. Synthesebericht Evaluation KG 2009, Rz. 170, 186.

<sup>39</sup> Die Revisionsvorschläge basieren grösstenteils auf den Ergebnissen der KG-Evaluation.

<sup>40</sup> Bot. KG, BBl. 2012, 3916.

<sup>41</sup> Bot. KG, BBl. 2012, 3937.

<sup>42</sup> Vgl. Bot. KG, BBl. 2012, 3920 f., 3927 f., 3928 f., 3929 ff., 3931 f., 3932 f., 3937 ff.



der Bundesrat detailliert mit dem europäischen Recht auseinandergesetzt hat. Viel ausführlicher als dies noch anlässlich der vergangenen Revisionen der Fall war.<sup>43</sup>

Der Einfluss des europäischen Rechts ist insbesondere bei der Revision der Fusionskontrolle gut erkennbar. Die Bestrebungen, die Fusionskontrolle dem europäischen Vorbild anzugleichen, wurden bereits bei der ersten Vernehmlassung vorgeschlagen. So erstaunt es wenig, dass auch in der Botschaft gefordert wird, die materiellen Beurteilungskriterien und die Verfahrensabläufe an das EU-Recht anzupassen.<sup>44</sup> Neu kommt – wie in der europäischen Fusionskontrolle – der SIEC-Test<sup>45</sup> zur Anwendung und die Fristen sollen mit denjenigen der EU harmonisiert werden.<sup>46</sup>

Durch den Wechsel von der bisherigen Missbrauchsgesetzgebung zu einem Teilkartellverbot nähert sich die Schweiz auch bei den Wettbewerbsabreden und der damit verbundenen Kartellbekämpfung dem Recht der EU an.<sup>47</sup> Der definitive Umfang der Angleichung hängt allerdings von der Ausgestaltung der Regeln für die Rechtfertigung ab. Diese sollen zwar dem „*Recht der EU Rechnung tragen*“<sup>48</sup>, allerdings auch die „*in der Schweiz herrschenden rechtlichen und wirtschaftlichen Bedingungen*“<sup>49</sup> berücksichtigen.<sup>50</sup>

### III. Einfluss des europäischen Wettbewerbsrechts auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts

Das Bundesgericht hat sich in seinen Entscheiden zu kartellrechtlichen Fragen lange Zeit zum Stellenwert des europäischen Kartellrechts im schweizerischen Recht ausgesprochen.<sup>51</sup> Nur selten hat es in seinen Erwägungen überhaupt Bezug auf das europäische Kartellrecht genommen.<sup>52</sup> Eine Veränderung dieser Praxis zeigte sich erst mit dem Swisscom-Urteil im April 2011, in dem sich das Bundesgericht erstmalig differenzierter zur Rolle des europäischen Wettbewerbsrechts geäußert hat. Damals machte es deutlich, dass das vom Recht der Europäischen Union unabhängige schweizerische Recht grundsätzlich autonom auszulegen sei.<sup>53</sup> Ein Jahr später setzte das Bundesgericht aller-

---

<sup>43</sup> Vgl. dazu auch STURNY, in: COTTIER, 107, 120.

<sup>44</sup> Bot. KG, BBl. 2012, 3929 ff. Vgl. STURNY, in: COTTIER, 107, 120.

<sup>45</sup> SIEC: Significant Impediment to Effective Competition.

<sup>46</sup> Bot. KG, BBl. 2012, 3929 f.

<sup>47</sup> Bot. KG, BBl. 2012, 3928, 3937. Allerdings erfolgt kein Systemwechsel zu einem Verbotsprinzip mit Freistellungsverordnungen wie in Art. 101 AEUV. Vgl. dazu STURNY, in: COTTIER, 107, 119.

<sup>48</sup> Bot. KG, BBl. 2012, 3943.

<sup>49</sup> Bot. KG, BBl. 2012, 3943.

<sup>50</sup> Vgl. STURNY, in: COTTIER, 107, 120.

<sup>51</sup> Vgl. dazu unter anderem BGE 135 II 60, 133 II 104, 130 II 149, 128 II 247; BGer 2A.327/2006 vom 22. Februar 2007 sowie BGer 2C\_732/2008 vom 24. März 2009.

<sup>52</sup> So etwa in BGE 129 II 18 (Buchpreisbindung) E 5.2.1.: „*In Anlehnung an die Praxis der EU wird dabei die Schwelle bei einem Marktanteil von 5-10% erblickt.*“ E 10.5: „*[...] und nationale Buchpreisbindungssysteme vor dem Recht der EU standhalten können.*“

<sup>53</sup> BGE 137 II 199, 209 E 4.3.1.

dings bereits einen merklich anderen Akzent und hob beim Publigroupe-Entscheid den Stellenwert des europäischen Kartellrechts deutlich hervor.<sup>54</sup>

## **A. Der Swisscom-Entscheid des Bundesgerichts**

### **1. Hintergrund**

Die WEKO verhängte der Swisscom Mobile AG<sup>55</sup> im Februar 2007 eine Busse in der Höhe von 333 Millionen Franken. Grund dafür war, dass die Swisscom ihre marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für die in ihr Mobilfunk-Netz eingehenden Anrufe<sup>56</sup> missbraucht hat. Dies geschah, indem Swisscom unverhältnismässig hohe Terminierungspreise<sup>57</sup> in der Höhe von 33,5 Rappen pro Minute verlangt hatte.<sup>58</sup> Gegen die Sanktion erhob die Swisscom Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht und rügte dabei insbesondere die Verletzung der verfahrensrechtlichen Garantien von Art. 6 EMRK<sup>59</sup> und Art. 7 EMRK<sup>60</sup> sowie die falsche Bejahung der Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 7 KG<sup>61</sup>.

### **2. Der Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts**

Damit eine Sanktion für den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung verhängt werden kann, müssen zwei Tatbestandselemente kumulativ erfüllt sein: Das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 4 Abs. 2 KG sowie der Missbrauch dieser marktbeherrschenden Stellung nach Art. 7 KG.<sup>62</sup> Das Bundesverwaltungsgericht bestätigte zwar die vorinstanzlichen Feststellung der marktbeherrschenden Stellung, kam aber zum Schluss, dass der Swisscom kein Missbrauch dieser marktbeherrschenden Stellung vorzuwerfen sei. Es begründete seinen Entscheid damit, dass das Tatbestandselement des „Erzwingens von unangemessenen Preisen“ von Art. 7 Abs. 2 lit. c KG nicht erfüllt sei. Gemäss Bundesverwaltungsgericht wäre es der Swisscom aufgrund der damals geltenden Bestimmungen im Fernmelderecht<sup>63</sup> gar nicht möglich gewesen, Preise und Geschäftsbedingungen zu erzwingen. Denn die Marktgegenseite hätte die Möglichkeit ge-

---

<sup>54</sup> BGE 139 I 72, 89 E 8.2.3: „Da das schweizerische Kartellgesetz sich stark am europäischen Wettbewerbsrecht orientiert, ist auch die Praxis zu Art. 102 AEUV zu berücksichtigen.“

<sup>55</sup> Nachfolgend: Swisscom.

<sup>56</sup> Swisscom hatte bis Ende Mai 2005 im Bereich Mobiltelefondienstleistungen einen Marktanteil von geschätzten 62.5%. Vgl. dazu RPW 2007/2, 243.

<sup>57</sup> Unter Terminierung versteht man die letzte Etappe bei einem Anruf; diese muss zwingend in dem Netz stattfinden, in dem der Angerufene seinen Anschluss hat. Wenn beispielsweise ein Orange-Kunde einen Swisscom-Kunden anrufen möchte, findet die Terminierung somit auf dem Swisscom-Netz statt. Vgl. dazu RPW 2007/2, 244.

<sup>58</sup> RPW 2007/2, 287, 304.

<sup>59</sup> BVGE 2011/32 E 4.

<sup>60</sup> BVGE 2011/32 E 5.

<sup>61</sup> BVGE 2011/32 E 8, 9, 10, 11, 12.

<sup>62</sup> Statt vieler DAVID/JACOBS, Rz. 715.

<sup>63</sup> aArt. 11 Abs. 2 FMG. Ausführlich zum Verhältnis zwischen KG und FMG WEBER, Jusletter 1. November 2010, Rz. 24 ff.

habt, eine amtliche Preisfestsetzung zu verlangen, worauf sie aber verzichtet hatte.<sup>64</sup> Folglich hob das Bundesverwaltungsgericht die von der WEKO verhängte Sanktion auf.<sup>65</sup>

Was die Rüge einer Verletzung von Art. 6 EMRK („Recht auf ein faires Verfahren“) sowie Art. 7 EMRK („Keine Strafe ohne Gesetz“) betrifft, so hielt das Bundesverwaltungsgericht fest, dass beide Garantien durch das Verfahren vor der WEKO nicht verletzt wurden.<sup>66</sup> Eine Verletzung des Art. 6 Abs. 1 EMRK („Recht auf ein unabhängiges Gericht“) liege nicht vor, weil der Entscheid der WEKO von einem unabhängigen Gericht (dem Bundesverwaltungsgericht) in voller Kognition überprüft werden könne.<sup>67</sup> Bezüglich Art. 7 EMRK äusserte sich das Bundesverwaltungsgericht dahin, dass Art. 7 KG dem Bestimmtheitsgrundsatz *nulla poena sine lege certa* grundsätzlich genüge. Denn die Generalklausel in Art. 7 Abs. 1 KG<sup>68</sup> i.V.m. einem der in Art. 7 Abs. 2 KG aufgeführten Tatbestände sei genügend vorhersehbar, um gestützt darauf eine Sanktion zu verhängen. Allerdings sei die Generalklausel für sich alleine wegen ihrer inhaltlichen Offenheit nicht genügend vorhersehbar. Deshalb sei es auch nicht möglich, einzig gestützt auf Art. 7 Abs. 1 KG eine Sanktion zu verhängen.<sup>69</sup> Diese Schlussfolgerung scheint allerdings unlogisch: Denn so können zwar Verhaltensweisen nach der Generalklausel als unzulässig qualifiziert werden, die Verhängung einer direkten Sanktion für ein solches Verhalten ist aber nicht möglich.<sup>70</sup>

### 3. Der Entscheid des Bundesgerichts

Gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts reichten sowohl das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement<sup>71</sup> (im Namen der WEKO) als auch die Swisscom Beschwerde beim Bundesgericht ein.<sup>72</sup> Das Bundesgericht hatte sich in der Folge insbe-

---

<sup>64</sup> BVGE 2011/32 E 5.4, 5.5. Vgl. HEINEMANN, Jusletter 21. Juni 2010, Rz. 18; SEITZ, AJP 2010, 650, 652 f.

<sup>65</sup> BVGE 2011/32 E 12.5.2.

<sup>66</sup> BVGE 2011/32 E 4.5.1, 4.5.2. Ausführlich zu Art. 6 und 7 EMRK im Urteil des BVGer: HEINEMANN, Jusletter 21. Juni 2010, Rz. 5 ff.; SEITZ, AJP 2010, 650, 653 ff.

<sup>67</sup> Die Frage, ob die WEKO ein unabhängiges Gericht darstellt, wurde aber nicht beantwortet. Vgl. BVGE 2011/32 E 4.5.1, 4.5.2; HEINEMANN, Jusletter 21. Juni 2010, Rz. 10.

<sup>68</sup> Diese umschreibt, dass sich marktbeherrschende Unternehmen dann unzulässig verhalten, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen.

<sup>69</sup> BVGE 2011/32 E 4.2 ff., 11.1.3. Vgl. HEINEMANN, Jusletter 21. Juni 2010, Rz. 6.

<sup>70</sup> BVGE 2011/32 E 4.5.1, 4.5.2. Ausführlich dazu: HEINEMANN, Jusletter 21. Juni 2010, Rz. 24 ff. Vgl. auch DAVID/JACOBS, Rz. 720.

<sup>71</sup> Seit 1. Januar 2013: Eidgenössisches Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF).

<sup>72</sup> BGE 137 II 199, 204 f. E, F: Das EDV rügte, dass es nicht erforderlich sei, dass die Swisscom unangemessene Terminierungsgebühren oder Geschäftsbedingungen erzwungen habe. Für den Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung und die damit verbundene Sanktionierung genüge bereits, dass ein Kausalzusammenhang zwischen der marktbeherrschenden Stellung und den unangemessenen Bedingungen bestehe. Swisscom forderte in seiner Beschwerde hingegen, dass die Feststellung der WEKO, die Swisscom sei bei den Terminierungsgebühren marktbeherrschend

sondere mit der Frage zu beschäftigen, ob die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 7 KG erfüllt sind. Dabei wies das Bundesgericht darauf hin, dass es sich in systematischer Sicht bei den in Art. 7 Abs. 2 KG aufgezählten Tatbeständen um eine nicht abschliessende Liste von Beispielen handelt, welche die Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG illustrieren sollen. Es stellte aber gleichzeitig fest, dass es eben nicht ausreichend sei, wenn zwischen der marktbeherrschenden Stellung und der Unangemessenheit der Preise und Geschäftsbedingungen ein Kausalzusammenhang besteht.<sup>73</sup>

Die WEKO hatte sich in ihrer Beschwerde mit Nachdruck dafür ausgesprochen, dass Art. 7 Abs. 2 lit. c KG europakonform auszulegen sei. Das Bundesgericht erachtete aber eine europakonforme Auslegung nicht für notwendig.<sup>74</sup> Dies mit dem Ergebnis, dass es dem Element des „Erzwingens“ eine eigenständige Bedeutung zumass.<sup>75</sup> Dieses Tatbestandselement erachtete das Bundesgericht dann als nicht erfüllt, weshalb es den Entscheid der Vorinstanz bestätigte und die Busse in der Höhe von 333 Millionen Franken definitiv aufhob.<sup>76</sup>

## B. Die Europakompatibilität des Swisscom-Urteils

### 1. Die Notwendigkeit einer europakompatiblen Auslegung

Die EU spielt für die Schweiz eine wichtige Rolle: als wichtigster Handelspartner der Schweiz natürlich insbesondere im wirtschaftlichen Bereich.<sup>77</sup> Durch diese enge ökonomische Vernetzung ist es wenig erstaunlich, dass wettbewerbsrechtliche Sachverhalte oft grenzüberschreitend sind. Dies ist auch der Grund, wieso sich das schweizerische Kartellgesetz seit seiner Entstehung immer mehr dem EU-Recht angeglichen hat.<sup>78</sup> Umso erstaunlicher ist es, dass das Bundesgericht in seinem Urteil zur Rechtssache Swisscom eine europakonforme Auslegung des Kartellrechts, im Besonderen des Art. 7 Abs. 2 lit. c KG, vehement ablehnte.<sup>79</sup>

Der Ansicht des Bundesgerichts ist allerdings zu widersprechen. Zwar ist es zutreffend, dass die Schweiz und die EU kein gemeinsames Wettbewerbsrecht haben.<sup>80</sup> Trotzdem ist die Meinung des Bundesgerichts, wonach eine europakompatible Auslegung des

---

gewesen, gegen Bundesrecht verstosse. Ebenfalls rügte Swisscom wie bereits beim BVGer die Verletzung der Verfahrensgarantien.

<sup>73</sup> BGE 137 II 199, 211 E 4.3.4. Gemäss WEKO habe die Swisscom die Terminierungspreise schon nur aus diesem Grund festlegen können, weil sie marktbeherrschend gewesen sei (BGE 137 II 199, 208 E 4.2).

<sup>74</sup> Vgl. VLCEK, Rz. 357.

<sup>75</sup> BGE 137 II 199, 211 E 4.3.2.

<sup>76</sup> BGE 137 II 199, 211 E 7.

<sup>77</sup> So gehen heute 60% aller Exporte der Schweiz in die EU und 80% der Importe stammen aus dem EU-Raum, <<http://www.eda.admin.ch/eda/de/home/topics/eu/eu.html>> (15.7.2013).

<sup>78</sup> Vgl. dazu auch STURNY, in: COTTIER, 107, 107.

<sup>79</sup> BGE 137 II 199, 209 E 4.3.1: „Vom Recht der Europäischen Union unabhängiges Recht ist grundsätzlich autonom auszulegen.“ Vgl. dazu VLCEK, Rz. 424; VAHRENHOLT, SZW 2011, 497, 505.

<sup>80</sup> BGE 137 II 199, 211 E 4.3.1.

Art. 7 Abs. 2 lit. c KG nicht notwendig ist, zu hinterfragen.<sup>81</sup> Bei der Kartellgesetznovelle im Jahr 1995 folgte die Schweiz weitgehend dem Vorbild des europäischen Kartellrechts. Dies zeigt sich sowohl an der Bestimmung über Wettbewerbsabreden und der Bestimmung über missbräuchliches Verhalten marktbeherrschender Unternehmen als auch an der Ausgestaltung der Fusionskontrolle.<sup>82</sup> Andererseits hat die Botschaft aber auch festgehalten, dass „*die Regelungsmuster des Wettbewerbsrechts der Europäischen Union [nur] insoweit berücksichtigt [wurden], als nicht aus sachlichen Gründen unterschiedliche Lösungen angezeigt erschienen*“.<sup>83</sup> Die Botschaft hat sich allerdings in Bezug auf diese unterschiedlichen Lösungen nur bezüglich der Wettbewerbsabreden<sup>84</sup> und der Fusionskontrolle<sup>85</sup> geäußert; nicht aber bezüglich des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung.<sup>86</sup> Ganz im Gegenteil: Die Botschaft wies sogar ausdrücklich darauf hin, dass die beispielhaft genannten Tatbestände von Art. 7 Abs. 2 KG in „*Anlehnung an das Wettbewerbsrecht der Europäischen Union*“<sup>87</sup> ins Gesetz aufgenommen wurden.<sup>88</sup> Besonders deutlich zeigt sich das gerade an Art. 7 Abs. 2 lit. c KG, der inhaltlich doch sehr grosse Ähnlichkeiten mit dem Art. 102 Abs. 2 lit. a AEUV hat.<sup>89</sup>

Zu den Gründen, wieso die Regelungsmuster des Wettbewerbsrechts der EU berücksichtigt wurden, schrieb der Bundesrat in der Botschaft Folgendes: „*Mit dieser Vorgehensweise soll nicht nur eine Optimierung der Wettbewerbssituation in der Schweiz ermöglicht werden (Übernahme bewährter Konzepte), sondern es wird Schweizer Unternehmen mit Tätigkeitsfeld in der Europäischen Union auch eine gewisse Gewähr geboten, dass die schweizerischen und die europäischen Massstäbe bei der Beurteilung von Wettbewerbsbeschränkungen nicht in einem grundsätzlich widersprüchlichen Verhältnis zueinander stehen.*“<sup>90</sup>

Die eben dargelegten Hinweise aus den Materialien legen es nahe, Art. 7 KG, insbesondere Art. 7 Abs. 2 lit. c KG, europakompatibel auszulegen.<sup>91</sup> Das Bundesgericht teilt diese Auffassung allerdings nicht. Es untermauerte seine Meinung mit Zitaten aus den Materialien, welche allerdings bei einer eingehenden Analyse keinen Schluss auf eine Nicht-Europakompatibilität zulassen.<sup>92</sup>

<sup>81</sup> BGE 137 II 199, 211 E 4.3.2.

<sup>82</sup> STURNY, in: COTTIER, 107, 109 f.; HOFFET, in: FS Bechtold, 191, 195; BORER, in: FS Zäch, 217, 220.

<sup>83</sup> Bot. KG, BBl. 1995 I, 471.

<sup>84</sup> In der Schweiz wird das Missbrauchsprinzip angewendet, in der EU das Verbotsprinzip.

<sup>85</sup> Die Aufgreif- und Eingreiffkriterien bei der Fusionskontrolle sind in der Schweiz im Gegensatz zum EU-Recht relativ schwach.

<sup>86</sup> Bot. KG, BBl. 1995 I, 471, 530, 633. Vgl. dazu VLCEK, Rz. 419.

<sup>87</sup> Bot. KG, BBl. 1995 I, 570.

<sup>88</sup> VLCEK, Rz. 419.

<sup>89</sup> Art. 7 Abs. 2 lit. c KG: *[Als solche Verhaltensweisen fallen insbesondere in Betracht:] c. die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen.*

Art. 102 Abs. 2 lit. a AEUV (identisch mit ex-Art. 82 Abs. 2 lit. a EGV): *[Dieser Missbrauch kann insbesondere in Folgendem bestehen:] a. der unmittelbaren oder mittelbaren Erzwingung von unangemessenen Einkaufs- oder Verkaufspreisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen.*

<sup>90</sup> Bot. KG, BBl. 1995 I, 633.

<sup>91</sup> Vgl. VLCEK, Rz. 419; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7 N 9.

<sup>92</sup> VLCEK, Rz. 422. Vgl. dazu BGE 137 II 199.

## 2. Die Auslegung des Art. 7 Abs. 2 lit. c KG durch das Bundesgericht

Das Bundesgericht sprach in seinem Urteil zur Sache Swisscom dem Element des „Erzwingens“ nach Art. 7 Abs. 2 lit. c KG eine eigenständige Bedeutung zu.<sup>93</sup> Das steht im Kontrast zur europäischen Rechtsprechung und Lehre: Denn diese erachtet das Element des Erzwingens gerade nicht als ein eigenständiges Tatbestandselement und sieht den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung schon alleine im Verlangen unangemessener Preise oder Geschäftsbedingungen.<sup>94</sup> Das lässt den Schluss zu, dass das Ergebnis des Urteils vermutlich anders ausgefallen wäre, wenn das Bundesgericht den Art. 7 Abs. 2 lit. c KG im Sinne des europäischen Wettbewerbsrechts ausgelegt hätte. Hinzu kommt, dass das Bundesgericht dem Element des „Erzwingens“ nicht nur eine eigenständige Bedeutung zumass,<sup>95</sup> sondern den Begriff zudem sehr restriktiv auslegte.<sup>96</sup> Das widerspricht sowohl der sprachlichen, der teleologischen als auch der systematischen Auslegungsmethode, die sich allesamt eher für eine weite Auslegung des Begriffes der Erzwingung aussprechen.<sup>97</sup>

## C. Der Publigroupe-Entscheid des Bundesgerichts

### 1. Hintergrund

#### a. Die Publigroupe SA

Die Publigroupe SA<sup>98</sup> mit Sitz in Lausanne bietet schweizweit und international verschiedene Dienstleistungen im Bereich Werbung und Marketing an. Der grösste Geschäftsbereich der Publigroupe sind die sogenannten „Media Sales“<sup>99</sup>, welche alle Medien-Vermarktungsaktivitäten der Publigroupe beinhalten. Dazu gehören unter anderem auch die Printmedienaktivitäten. Dieser Bereich setzt sich aus vier Tochtergesellschaften zusammen: der Publicitas SA<sup>100</sup>, der Publimedia AG<sup>101</sup>, der Publicitas Publimag AG<sup>102</sup>

---

<sup>93</sup> BGE 137 II 199, 211 E 4.3.2.

<sup>94</sup> FUCHS/MÖSCHEL, in: IMMENGA/MESTMÄCKER, Teil 1, Art. 102 AEUV N 355. Vgl. HEINEMANN, Jusletter 21. Juni 2010, Rz. 40; WEBER, Jusletter 1. November 2010, Rz. 11; VLCEK, Rz. 395, 429.

<sup>95</sup> BGE 137 II 199, 211 E 4.3.2.

<sup>96</sup> BGE 137 II 199, 209 E 4.3.2.

<sup>97</sup> Darauf wird hier nicht weiter eingegangen. Vgl. ausführlich dazu WEBER, Jusletter 1. November 2010, Rz. 5 ff.; HEINEMANN, Jusletter 21. Juni 2010, Rz. 36 ff.

<sup>98</sup> Nachfolgend: Publigroupe.

<sup>99</sup> Das Segment Media Sales machte im Jahr 2012 79% des Umsatzes der Publigroupe aus, <<http://www.publigroupe.com/de/gruppe-und-segmente/kennzahlen>> (15.7.2013).

<sup>100</sup> Publicitas ist über ein Netz von mehr als 100 Filialen und Agenturen in der Schweiz als Pächterin und Universalvermittlerin für die Vermittlung von insbesondere lokalen und regionalen Anzeigen tätig. Vgl. RPW 2007/2, 192.

<sup>101</sup> Publimedia ist ein Beratungs- und Dienstleistungsunternehmen für Printmedienplanung und Printmedienabwicklung. Sie betreut Grosskunden und für Grosskunden tätige Werbe- und Medienagenturen für überregionale oder nationale Anzeigenkampagnen. Vgl. RPW 2007/2, 192.

<sup>102</sup> Publimag betreut Anzeigenkunden für regional oder überregional verbreitete Pressemagazine oder Fachzeitschriften. Vgl. RPW 2007/2, 192.

und der Publicitas Mosse AG<sup>103</sup>. Diese sind nochmals im Verband Schweizerischer Werbegesellschaften (VSW)<sup>104</sup> zusammengeschlossen. Dem VSW fällt u.a. die Aufgabe zu, die Richtlinien für die Kommissionierung von Berufsvermittlern<sup>105</sup> zu erstellen.<sup>106</sup>

Die Publigroupe bietet den Verlagen ihre Dienste sowohl mittels Pachtvertrag (Outsourcing) als auch mittels Zusammenarbeitsvertrag (normale Vermittlung) an.<sup>107</sup> Durch dieses System kommt der Publigroupe eine Doppelfunktion zu: Als Pächterin vermarktet sie für gewisse Zeitungen *exklusiv* den Inserate- und Werberaum, und als normale Vermittlerin vermittelt sie Anzeigen für Eigenregieverlage.<sup>108</sup> Neben der Publigroupe sind auch einige unabhängige Vermittler auf dem Markt tätig. Allerdings ist deren Anzahl relativ gering; sie belief sich im Jahr 2007 auf 35 bis 40 Vermittler.<sup>109</sup> Im Bereich Werbung und Marketing spielt die Publigroupe somit eine zentrale Rolle: Zwischen den Jahren 2000 und 2004 wurden rund 64 Prozent des Printwerbeumsatzes über die Publigroupe abgewickelt.<sup>110</sup>

#### **b. Die Funktionsweise von Pressewerbung in der Schweiz**

Verleger von Zeitungen und Zeitschriften können sich bei der Akquisition von Werbe- und Anzeigekunden grundsätzlich zwischen zwei Systemen entscheiden: Entweder sie lagern den Geschäftsbereich an ein drittes Unternehmen aus (Pachtregie) oder sie kümmern sich selbständig um die Inserate-Akquisition und die damit zusammenhängenden Tätigkeiten und greifen dabei gegebenenfalls auf die Hilfe unabhängiger Vermittler zurück (Eigenregie).<sup>111</sup> Pachttitel arbeiten in der Regel mit Publigroupe als Pächterin zusammen. Bisher ist es anderen Unternehmen nur in sehr wenigen Fällen gelungen, einen Pachtvertrag mit einem Presseverlag zu schliessen.<sup>112</sup> Auch bei den Eigenregie-Titeln kommt der Publigroupe in der Praxis eine wichtige Rolle zu. So gaben die Eigenregie-Verlage an, dass 40 bis 50 Prozent ihrer Anzeigumsätze von Publigroupe vermittelt werden und nur fünf Prozent des Umsatzes durch unabhängige Vermittler generiert wer-

---

<sup>103</sup> Mosse war für Anzeigen von Kunden aus der Tourismus-, Freizeit- und Ausbildungsbranche zuständig. Vgl. RPW 2007/2, 192. (Die Tourismus-Sparte wurde in Absprache mit der Publigroupe von der neu gegründeten Firma Swiss Media House per 1. Januar 2010 übernommen. Im April 2013 wurde bei der Firma Swiss Media House der Konkurs eröffnet.)

<sup>104</sup> Nachfolgend: VSW.

<sup>105</sup> Nachfolgend: VSW-Kommissionierungsrichtlinien.

<sup>106</sup> BGE 139 I 72, 74 A.c.

<sup>107</sup> RPW 2007/2, 195.

<sup>108</sup> RPW 2007/2, 196.

<sup>109</sup> RPW 2007/2, 196.

<sup>110</sup> Dieser Anteil ist inzwischen zurückgegangen: Im Jahr 2011 wurden nur noch knapp 50% des Printwerbeumsatzes über Publigroupe abgewickelt. Die Presse-Netto-Werbeumsätze lagen 2011 bei 2 Mrd. Der Geschäftsbereich Media Sales hat 2011 einen Umsatz von 1.03 Mrd. erzielt. Der Bereich Print macht zwar den grössten Teil des Umsatzes aus, aber es gehören auch noch andere Segmente zum Geschäftsbereich von „Media Sales“. Vgl. Werbeaufwand Schweiz, 3; <<http://www.publigroupe.com/de/gruppe-und-segmente/kennzahlen>> (15.7.2013).

<sup>111</sup> Von den grösseren Zeitungen arbeiten etwa die NZZ und Le Temps in Pachtregie, während der Tages Anzeiger, 20 Minuten, Blick, die Basler Zeitung und die Aargauer Zeitung in Eigenregie arbeiten. Vgl. RPW 2007/2, 195.

<sup>112</sup> Und wenn, dann nur mit stark lokal verankerten Zeitungen oder spezialisierten Zeitschriften wie etwa dem WWF-Magazin. Vgl. RPW 2007/2, 195.

den. Der restliche Umsatz wird durch den direkten Kontakt mit den Werbeauftragskunden generiert.<sup>113</sup>

Insgesamt gibt es für die Platzierung von Werbung in einer Zeitung fünf verschiedene Konstellationen<sup>114</sup>: Angenommen der Werbeauftraggeber möchte in einer Eigenregie-Zeitung inserieren, kann er sich dafür (1) direkt an den Verlag wenden, (2) seine Anzeige über einen unabhängigen Vermittler platzieren (3) oder über eine Tochtergesellschaft der Publigroupe annoncieren. Wenn der Werbeauftraggeber hingegen in einem Pacht-Titel inserieren möchte, kann er (4) entweder seine Anzeige direkt bei einer Tochtergesellschaft der Publigroupe (5) oder bei einem unabhängigen Vermittler aufgeben.<sup>115</sup> Problematisch ist allein die fünfte Möglichkeit. Denn der unabhängige Vermittler kann sich wegen des exklusiven Pachtvertrags nicht direkt an den Verlag wenden, sondern muss die Anzeige seines Werbekunden zwingend an Publigroupe weiterleiten. Dafür kriegt er eine Kommission von der Publigroupe.<sup>116</sup> Diese wird aber nur dann ausbezahlt, wenn der betreffende unabhängige Vermittler die Voraussetzungen der VSW-Kommissionierungsrichtlinien erfüllt. Diese legen die Bedingungen für die Auszahlung einer Kommission fest. Das bedeutet: Ein unabhängiger Vermittler bekommt nur dann eine Kommission ausbezahlt, wenn er vom VSW (d.h. von dessen Mitgliedern Publicitas, Publimedia, Publimag und Mosse) als kommissionsberechtigt anerkannt wird.<sup>117</sup>

## **2. Die Entscheide der Vorinstanzen**

Die Wettbewerbskommission hatte im März 2007 festgestellt, dass die Publigroupe auf dem Markt für die Vermittlung und den Verkauf von Inserate- und Werberaum für Schweizer Printmedien eine marktbeherrschende Stellung innehat und diese auch missbraucht hat. Der Missbrauch bestand darin, dass sich der VSW weigerte, gewisse Vermittler zu kommissionieren. Dadurch wurden diese in der Aufnahme und der Ausübung des Wettbewerbs behindert und gegenüber anderen unabhängigen Vermittlern diskriminiert. Daher habe Publigroupe gegen Art. 7 KG verstossen. Die WEKO verhängte gestützt auf Art. 49a KG eine Busse in der Höhe von zweieinhalb Millionen Franken.<sup>118</sup>

Gegen diesen Entscheid erhob Publigroupe Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie rügte in materieller Hinsicht, dass sie weder eine marktbeherrschende Stellung innehatte noch diese missbraucht habe. Ebenso führte sie aus, dass die Sanktionierung gegen den Vertrauensgrundsatz und den Grundsatz der Gleichbehandlung verstosse sowie im Widerspruch zu der vereinbarten und genehmigten einvernehmlichen Regelung stehe.<sup>119</sup> Das Bundesverwaltungsgericht wies die Beschwerde von Publigroupe ab und hielt in seinem Urteil vom 27. April 2010 am Entscheid der Vorinstanz fest. Publigroupe zog darauf den Fall weiter ans Bundesgericht.

---

<sup>113</sup> RPW 2007/2, 202.

<sup>114</sup> RPW 2007/2, 196.

<sup>115</sup> RPW 2007/2, 197.

<sup>116</sup> RPW 2007/2, 197 f.

<sup>117</sup> RPW 2007/2, 198.

<sup>118</sup> RPW 2007/2, 239.

<sup>119</sup> BVGer B-2977/2007 vom 27. April 2010 D.c.



### 3. Der Entscheid des Bundesgerichts

Der Entscheid des Bundesgerichts vom 29. Juni 2012 weist im Ergebnis keine wesentlichen Änderungen zum Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts auf: Auch das Bundesgericht wies die Beschwerde von Publigroupe ab und bestätigte damit die von der WEKO verhängte Busse in der Höhe von zweieinhalb Millionen Franken. Das Bundesgericht hatte sich in seiner Entscheidungsfindung insbesondere mit den folgenden vier Punkten auseinandersetzen müssen: Der Rechtsnatur von Art. 49a KG, der Frage, ob das Bundesverwaltungsgericht seine Kognition in unzulässiger Weise beschränkt habe, der Unbestimmtheit von Art. 7 KG sowie der Frage nach dem Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 7 KG.

Nach Auffassung des Bundesgerichts handelt es sich bei der kartellrechtlichen Sanktion nach Art. 49a KG um eine Norm mit strafrechtlichem bzw. „strafrechtsähnlichem“ Charakter.<sup>120</sup> Zur Zulässigkeit der Kognitionsbeschränkung kam das Bundesgericht zum Schluss, dass sich die Vorinstanz bei der Verfahrensgeschichte weder einer rechtlichen noch einer fachtechnischen Zurückhaltung bedient habe.<sup>121</sup> Was die Frage der Bestimmtheit betrifft, so hielt das Bundesgericht fest, dass Art. 7 KG in diesem Fall dem Bestimmtheitsgrundsatz genüge.<sup>122</sup> Ebenso bestätigte das Bundesgericht sowohl das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung von Publigroupe<sup>123</sup> als auch deren Missbrauch.<sup>124</sup>

### D. Die Europakompatibilität des Publigroupe-Urteils

Im Publigroupe-Urteil des Bundesgerichts wird eine Vielzahl einzelner Fragen im Zusammenhang mit den Schweizer Institutionen und dem Art. 7 KG angesprochen. Der Stellenwert des europäischen Kartellrechts wird vom Bundesgericht an zwei Stellen besonders hervorgehoben: Zum einen bei den Ausführungen betreffend EMRK-Konformität des Kartellbussgeldverfahrens und zum anderen betreffend Unbestimmtheit von Art. 7 KG.

#### 1. EMRK-Konformität des Kartellbussgeldverfahrens

Die WEKO kann wie die Europäische Kommission direkte Sanktionen verhängen. Diese Sanktionen sind zwar nicht direkt dem Kernstrafrecht zuzuordnen, haben allerdings wegen ihrer abschreckenden und vergeltenden Eigenschaften zumindest einen „strafrechtsähnlichen Charakter“. Aus diesem Grund finden sowohl in der Schweiz als auch in der EU die rechtsstaatlichen Garantien des Strafverfahrensrechts sowie des materiellen

---

<sup>120</sup> Das bedeutet, dass die entsprechenden Garantien von Art. 6 und 7 EMRK sowie von Art. 30 und 32 BV grundsätzlich anwendbar sind. Gemäss BGer ist über ihre Tragweite aber einzeln zu befinden. Vgl. BGE 139 I 72, 78 f. E 2.2.

<sup>121</sup> BGE 139 I 72, 80 ff. E 4.

<sup>122</sup> BGE 139 I 72, 87 ff. E 8.2.3, 92 E 8.3.3.

<sup>123</sup> BGE 139 I 72, 100 E 9.3.4.

<sup>124</sup> BGE 139 I 72, 112 E 10.5.

Strafrechts auf Kartellbussen Anwendung. Art. 6 EMRK sowie Art. 7 EMRK sind somit auf das Kartellbussgeldverfahren anwendbar.<sup>125</sup>

Die Konformität des Kartellbussgeldverfahrens mit Art. 6 EMRK wird in der Literatur heftig diskutiert.<sup>126</sup> Kritisiert werden insbesondere zwei Punkte: Erstens, dass der generalklauselartig abgefasste Art. 49a KG resp. Art. 23 VO 1/2003<sup>127</sup> dem strafrechtlich geforderten Bestimmtheitsgrundsatz nicht gerecht wird<sup>128</sup>, und zweitens, dass die WEKO resp. die Europäische Kommission kein unabhängiges Gericht i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK darstelle. Mit dem Entscheid *Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italie*<sup>129</sup> hat sich der EGMR Ende 2011 nun deutlich zu den kontrovers diskutierten Aspekten betreffend das EU-Kartellbussgeldverfahren und die EMRK geäußert. Er hat dabei festgehalten, (1) dass die kartellrechtlichen Bussen nicht dem Kernstrafrecht zuzuordnen sind, (2) dass Art. 6 EMRK einer Verhängung von Sanktionen durch die Europäische Kommission nicht im Wege steht, (3) dass der Anspruch auf ein unabhängiges Gericht nach Art. 6 EMRK dadurch erfüllt ist, dass der EuGH die Sanktions-Entscheidungen der Europäischen Kommission in voller Kognition überprüfen kann<sup>130</sup>, (4) und dass die Sanktionsandrohung nach Art. 23 Abs. 2 VO 1/2003 dem Bestimmtheitsgrundsatz gerecht wird.<sup>131</sup>

Mit Blick auf das 2012 gefällte Bundesgerichts-Urteil in Sachen Publigroupe lassen sich einige Parallelen erkennen. Auch das Bundesgericht hat festgehalten, dass die kartellrechtlichen Sanktionen zwar nicht dem (Kern-)Strafrecht zuzuordnen sind, aber einen „strafrechtsähnlichen“ Charakter aufweisen.<sup>132</sup> Dementsprechend seien auch die Garantien von Art. 6 EMRK und Art. 7 EMRK sowie Art. 30 BV und Art. 32 BV auf das Kartellbussgeldverfahren anzuwenden.<sup>133</sup> Ebenso hielt das Bundesgericht fest, dass der Anspruch auf ein unabhängiges Gericht aus Art. 6 Abs. 1 EMRK der Sanktionsverhängung durch die WEKO nicht im Wege stehe.<sup>134</sup> Denn gemäss Bundesgericht genügt es, dass die Verfügungen der WEKO durch ein EMRK-konformes, unabhängiges Gericht in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht in voller Kognition überprüft werden können. Und das Bundesverwaltungsgericht erfüllt diese Anforderungen ohne Zweifel.<sup>135</sup> Das Bun-

<sup>125</sup> BGE 139 I 72, 79 E 2.2.2; DANNECKER/BIERMANN, in: IMMENGA/MESTMÄCKER, Teil 2, Vor Art. 23 VO 1/2003 N 38, Art. 23 VO 1/2003 N 329.

<sup>126</sup> Vgl. BUEREN, EWS, 363, 364 f.; SCHWARZE, WuW 2009, 6, 10 f.; HIRSBRUNNER/WERNER, Jusletter 20. September 2010, Rz. 14.

<sup>127</sup> Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. L 1 vom 4.1.2003, S. 1. Art. 23 VO 1/2003 ist die rechtliche Grundlage der Europäischen Kommission für die Verhängung von Bussgeldern.

<sup>128</sup> SCHWARZE, WuW 2009, 6, 8.

<sup>129</sup> EGMR, 27.10.2011, *Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italie*, Nr. 43509/08.

<sup>130</sup> Das hat der EGMR in diesem Urteil zum ersten Mal für ein Kartellrechtsverfahren mit hohen Bussen festgehalten. Vgl. EGMR, 27.10.2011, *Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italie*, Nr. 43509/08, Rz. 57 ff.

<sup>131</sup> EGMR, 27.10.2011, *Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italie*, Nr. 43509/08.

<sup>132</sup> BGE 139 I 72, 79 E 2.2.2.

<sup>133</sup> BGE 139 I 72, 80 E 2.2.2, 4.2.

<sup>134</sup> BGE 139 I 72, 81 E 4.3.

<sup>135</sup> BGE 139 I 72, 80 ff. E 4. Vgl. dazu auch JACOBS, SJZ 2013, 207, 211.

desgericht orientierte sich bei der Frage nach der EMRK-Konformität des Kartellbussgeldverfahrens bewusst am EGMR-Urteil in der Rechtssache *Menarini*.<sup>136</sup> Deshalb ist es auch wenig erstaunlich, dass die beiden Urteile zum selben Ergebnis kommen.<sup>137</sup>

## 2. Fragen im Zusammenhang mit Art. 7 KG

### a. Die Unbestimmtheit von Art. 7 KG

Da Kartellbussgelder einen „strafrechtsähnlichen“ Charakter aufweisen,<sup>138</sup> muss die Norm, die ihnen zu Grunde liegt, im Gesetz klar umrissen und ausreichend bestimmt sein.<sup>139</sup> Das Bundesgericht führte dazu aus, dass sich das Erfordernis der ausreichenden Bestimmtheit nicht abstrakt festlegen lässt. Vielmehr sei die Bestimmtheit stets im Einzelfall zu beurteilen, da sie von diversen Aspekten wie etwa der Komplexität, der Vorhersehbarkeit, den Normadressaten und von der Schwere des Eingriffs abhängt.<sup>140</sup> Diese Beurteilung stützt sich auf die Rechtsprechung des EGMR.<sup>141</sup>

Das Bundesgericht äusserte sich allerdings nicht dazu, ob Art. 49a KG dem Grundsatz der Bestimmtheit genüge oder nicht. An dieser Stelle ist anzumerken, dass in der Literatur häufig kritisiert wird, dass insbesondere die Höhe von kartellrechtlichen Bussen nicht genügend vorhersehbar sei, weshalb der Grundsatz der Bestimmtheit verletzt werde.<sup>142</sup> Dieses Thema wurde verschiedentlich auch vom EuGH aufgegriffen, der allerdings wiederholt klarstellte, dass Art. 23 Abs. 2 VO 1/2003 nicht gegen den Bestimmtheitsgrundsatz verstosse.<sup>143</sup> Das Bundesgericht hat auch – anders als im *Swisscom*-Urteil – offen gelassen, ob Art. 7 Abs. 1 KG für sich alleine genügend bestimmt ist, um eine Sanktion nach Art. 49a KG zu rechtfertigen oder nicht.<sup>144</sup> Nur zur Bestimmtheit des Art. 7 Abs. 2 lit. b KG äusserte sich das Bundesgericht differenzierter<sup>145</sup> und kam zum Ergebnis, dass die Norm im Fall *Publigroupe* genügend bestimmt war, um die Grundlage für eine Sanktion zu bilden. Denn für *Publigroupe* sei es durchaus vorhersehbar gewesen, dass ihr Verhalten unter den Tatbestand von Art. 7 KG fallen kann. Dies zeige sich insbesondere mit Blick auf die Vorgeschichte. So ist *Publigroupe* bereits in den spä-

---

<sup>136</sup> Vgl. BGE 139 I 72, 80 E 2.2.2, 81 E 4.4.

<sup>137</sup> Zur Frage, ob Art. 49a KG als Grundlage der Verhängung von Bussgeldern durch die WEKO dem Grundsatz der Bestimmtheit genügt, äussert sich das Bundesgericht im Gegensatz zum EGMR allerdings nicht; dazu sogleich III.D.2.a.

<sup>138</sup> BGE 139 I 72, 79 E 2.2.2; DANNECKER/BIERMANN, in: IMMENGA/MESTMÄCKER, Teil 2, Vor Art. 23 VO 1/2003 N 38, Art. 23 VO 1/2003 N 329.

<sup>139</sup> Dies wird aus dem Art. 7 EMRK („Keine Strafe ohne Gesetz“) abgeleitet. Vgl. BGE 139 I 72, 85 E 8.2.1.

<sup>140</sup> BGE 139 I 72, 85 E 8.2.1.

<sup>141</sup> EGMR, 24.2.1998, *Larissis Dimitrios c Grèce*, Recueil CourEDH 1998-I, 362.

<sup>142</sup> Vgl. HIRSBRUNNER/WERNER, Jusletter 20. September 2010, Rz. 33 ff. Bezüglich des EU-Rechts vgl. u.a. SCHWARZE, WuW, 6, 8 ff.

<sup>143</sup> EuGH, Rs. C-501/11P, *Schindler Holding u.a. v Kommission*, noch nicht veröffentlicht, Rz. 64; EuGH, Rs. T-400/09, *Ecka Granulate und non ferrum Metallpulver v Kommission*, noch nicht veröffentlicht, Rz. 22 ff.

<sup>144</sup> BGE 139 I 72, 87 E 8.2.2.

<sup>145</sup> BGE 139 I 72, 87 f. E 8.2.3.

ten 1990er-Jahren vom WEKO-Sekretariat darauf aufmerksam gemacht worden, dass ihre Kommissionierungspraxis ein gewisses Diskriminierungspotenzial enthalte.<sup>146</sup>

Bei den Überlegungen zu der Frage der genügenden Bestimmtheit berücksichtigte das Bundesgericht die Praxis zu Art. 102 AEUV. Für diese Vorgehensweise führte das Bundesgericht zwei Gründe an: Zum einen orientiere „*das schweizerische Kartellgesetz sich stark am europäischen Wettbewerbsrecht*“<sup>147</sup> und zum anderen lassen sich so „*Erkenntnisse über den Normsinn und damit auch Rechtssicherheit gewinnen*“.<sup>148</sup> Das Bundesgericht führte indessen nicht weiter aus, inwiefern die Praxis zu Art. 102 AEUV herbeigezogen wurde. Allerdings existiert bis jetzt auch kein EuGH-Fall, der am Kriterium der Unbestimmtheit von Art. 102 AEUV gescheitert ist.

#### **b. Bestimmung und Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung**

Das Bundesgericht bestätigte die von der WEKO festgestellte marktbeherrschende Stellung von Publigroupe auf dem Markt für die Vermittlung und den Verkauf von Inserate- und Werberaum.<sup>149</sup> Für die Begründung erwähnte das Bundesgericht das europäische Recht zwar rechtsvergleichend<sup>150</sup>, stütze sich aber bei seinen Argumenten nicht darauf ab. Im Gegenteil: Bei der Beurteilung der marktbeherrschenden Stellung hob es sogar die Unterschiede hervor und betonte, dass die schweizerische Praxis von einem hohen Marktanteil eben nicht automatisch auf eine marktbeherrschende Stellung schliesse. Das steht in Kontrast zur Praxis in der EU.<sup>151</sup>

Auch betreffend Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung bestätigte das Bundesgericht die Feststellung der WEKO. Bei den Erwägungen dazu erwähnte das Bundesgericht das europäische Recht ausschliesslich rechtsvergleichend in Literaturhinweisen.<sup>152</sup> Das europäische Recht hatte dementsprechend keinen direkten Einfluss auf die Bestimmung der marktbeherrschenden Stellung und deren Missbrauch im Publigroupe-Urteil. Dadurch, dass das Bundesgericht den WEKO-Entscheid bestätigt hat, bestätigte es allerdings auch deren europakonforme Auslegung von wettbewerbsrechtlichen Sachverhalten.

### **IV. Schlussbemerkungen**

Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweizer Wettbewerbsrechtsordnung steht ausser Zweifel. Dies zeigt nicht nur die Entwicklungsgeschichte des schweizerischen Kartellgesetzes, sondern auch das Bundesgerichts-Urteil in Sachen Publigroupe. Dieser Entscheid ist vor allem in zwei Dingen richtungsweisend: Zum einen verdeutlicht er die Rolle des EU-Rechts in Bezug auf das schweizerische Kartellrecht, und zum ande-

---

<sup>146</sup> BGE 139 I 72, 90 E 8.2.3.

<sup>147</sup> BGE 139 I 72, 89 E 8.2.3.

<sup>148</sup> BGE 139 I 72, 90 E 8.2.3.

<sup>149</sup> BGE 139 I 72, 100 E 9.3.4.

<sup>150</sup> BGE 139 I 72, 99 E 9.3.3.1.

<sup>151</sup> BGE 139 I 72, 99 E 9.3.3.2.

<sup>152</sup> BGE 139 I 72, 101 ff. E 10.1.1, 105 E 10.2.2.

ren setzt er in der Debatte um die Rechtsstaatlichkeit des schweizerischen Kartellbussgeldverfahrens ein wichtiges Zeichen. Denn im Publigroupe-Urteil hat sich das Bundesgericht zum ersten Mal dazu geäußert, dass das Sanktionsverfahren nach Art. 49a KG den Ansprüchen von Art. 6 Abs. 1 EMRK, dem Recht auf ein unabhängiges Gericht, genügt. Damit verliert die im Rahmen der aktuellen Kartellgesetzrevision geforderte Institutionenreform zusätzlich an Bedeutung.<sup>153</sup> Schliesslich ist nun von der höchsten Gerichtsinanz der Schweiz bestätigt, dass das Behördensystem keine rechtsstaatlichen Probleme mit sich bringt. Damit wird ein Argument der Befürworter der Institutionenreform<sup>154</sup> obsolet. Für eine wirksame Durchsetzung des Kartellrechts ist das Behördensystem dem Gerichtssystem ohnedies vorzuziehen.<sup>155</sup> Diese Auffassung deckt sich auch mit der Meinung des Ständerates, der im März dieses Jahres die vom Bundesrat geforderte Institutionenreform abgelehnt hat. Ob das Publigroupe-Urteil einen direkten Einfluss auf die Ablehnung der Institutionenreform durch den Ständerat hatte, lässt sich allerdings nicht beurteilen. Die Wortprotokolle lassen jedenfalls keinen Schluss in diese Richtung zu.<sup>156</sup>

Der Blick auf die Entwicklungsgeschichte des Kartellgesetzes zeigt, dass die Annäherung an das EU-Recht zunächst schleppend verlief. Grund dafür war, dass die Kartellwirtschaft schweizweit akzeptiert war und die KMU-Struktur erhalten werden sollte.<sup>157</sup> Ungeachtet dessen wuchs in den vergangenen zwanzig Jahren das Bewusstsein für die Vorteile einer Angleichung des schweizerischen an das europäische Wettbewerbsrecht. Denn ein mit dem EU-Recht zu vereinbarendes schweizerisches Kartellrecht nützt der Wirtschaft, der Integration der Märkte<sup>158</sup> und letztlich auch den einzelnen Unternehmen. Zudem stärkt eine Angleichung aufgrund der grossen Fallpraxis in der EU die Rechtssicherheit.<sup>159</sup>

## Literaturverzeichnis

- AMGWERT MATTHIAS, Autonomer Nachvollzug von EU-Recht durch die Schweiz unter spezieller Berücksichtigung des Kartellrechts, Basel 1998
- AMSTUTZ MARC/REINERT MANI (Hrsg.), Basler Kommentar zum Kartellgesetz, Basel 2010
- BALDI MARINO, Überblick und allgemeine Bestimmungen – zwölf Charakteristika des neuen Kartellgesetzes, in: ZÄCH ROGER (Hrsg.), Das neue schweizerische Kartellgesetz, Zürich 1996, 3
- BORER JÜRIG, Schnittstellen der schweizerischen mit der europäischen Wettbewerbsordnung, in: FORSTMOSER PETER et al. (Hrsg.), Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz: FS Roger Zäch, Zürich 1999, 217

---

<sup>153</sup> TAGMANN, AJP 2013, 464, 465.

<sup>154</sup> Vgl. HIRSBRUNNER/WERNER, Jusletter 20. September 2010, Rz. 24 ff.

<sup>155</sup> Zwar gibt es durchaus einige problematische Punkte bei dem jetzigen System, diese lassen sich jedoch auch ohne die Umstellung auf ein Gerichtssystem bereinigen. Weiterführend dazu CANAPPA, in: LOACKER/ZELLWEGE-GUTKNECHT, 307, 315 ff.

<sup>156</sup> In den Wortprotokollen wurde das BGer-Urteil in Sachen Publigroupe nur in anderem Zusammenhang erwähnt. Vgl. Amtl. Bull. StR 2013, 328, 330.

<sup>157</sup> Weiterführend zu den Motiven für die Divergenzen STURNY, in: COTTIER, 107, 121 ff.

<sup>158</sup> Weiterführend zu der Integrationsfunktion des Kartellrechts HEINEMANN, in: WEBER/HEINEMANN/VOGT, 43, 62 ff.

<sup>159</sup> Weiterführend zu den Motiven für die Konvergenzen STURNY, in: COTTIER, 107, 123 ff., 128.

- BORER JÜRIG, Wettbewerbsrecht I, Kommentar Schweizerisches Kartellgesetz (KG), 3. Aufl., Zürich 2011
- BUEREN ECKART, EU-Kartellbussgeldverfahren und EMRK: Aktuelle Implikationen aus der Rechtsprechung des EGMR, EWS 2012, 363
- CANAPA DAMIANO, Révision de la Loi sur les cartels: „Autorité de la concurrence“ pour la Suisse?, in: LOACKER LEANDER D./ZELLWEGER-GUTKNECHT CORINNE (Hrsg.), Differenzierung als Legitimationsfrage, APARIUZ Band 14, Zürich/St. Gallen 2012, 307
- DAVID LUCAS/JACOBS RETO, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 5. Aufl., Bern 2012
- HEINEMANN ANDREAS, Konzeptionelle Grundlagen des Schweizer und EG-Kartellrechts im Vergleich, in: WEBER ROLF H./HEINEMANN ANDREAS/VOGT HANS-UELI (Hrsg.), Methodische und konzeptionelle Grundlagen des Schweizer Kartellrechts im europäischen Kontext, Symposium zum 70. Geburtstag von Prof. Dr. Roger Zäch, Bern 2009, 43
- HEINEMANN ANDREAS, Direkte Sanktionen im Kartellrecht, Das Swisscom-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Jusletter 21. Juni 2010
- HETTICH PETER, Wirksamer Wettbewerb, Theoretisches Konzept und Praxis, St. Gallen 2003 (aktualisierte Fassung)
- HIRSBRUNNER SIMON/WERNER JENS, Überholt das schweizerische Kartellgesetz das EU-Vorbild?, Jusletter 20. September 2010
- HOFFET FRANZ, Die schweizerische Kartellgesetzrevision von 2003 – ein zweiter Paradigmenwechsel?, in: BRINKER INGO/SCHUEING DIETER H./STOCKMANN KURT (Hrsg.), Recht und Wettbewerb: FS Rainer Bechtold, München 2006, 191
- IMMENGGA ULRICH/MESTMÄCKER ERNST JOACHIM, Wettbewerbsrecht, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht I/Teil 1 und 2, 5. Aufl., München 2012 (zit. als AUTOR, in: IMMENGGA/MESTMÄCKER, Teil 1 bzw. Teil 2)
- JACOBS RETO, Entwicklungen im Kartellrecht, SJZ 2013, 207
- SCHWARZE JÜRGEN, Rechtsstaatliche Defizite des europäischen Kartellbussgeldverfahrens, WuW 2009, 6
- SEITZ CLAUDIA, Schweizerisches Bundesverwaltungsgericht, II. öffentlich-rechtliche Abteilung, Urteil vom 24. Februar 2010, Swisscom (Schweiz) AG c. Wettbewerbskommission (WEKO), AJP 2010, 650
- SPINNER BRUNO/MARITZ DANIEL, EG-Kompatibilität des schweizerischen Wirtschaftsrechts: Vom autonomen zum systematischen Nachvollzug, in: FORSTMOSER PETER et al. (Hrsg.), Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz: FS Roger Zäch, Zürich 1999, 127
- STOFFEL WALTER A., Das revidierte Wettbewerbsgesetz: Grundzüge und Einführung des neuen Rechts, Die Tragweite des zweiten Paradigmenwechsels innerhalb von zehn Jahren, in: ZÄCH ROGER/STOFFEL WALTER A. (Hrsg.), Kartellgesetzrevision 2003, Neuerungen und Folgen, Zürich/Basel/Genf 2004, 1
- STURNY MONIQUE, Der Einfluss des europäischen Kartellrechts auf das schweizerische Kartellrecht, in: COTTIER THOMAS (Hrsg.), Die Europakompatibilität des schweizerischen Wirtschaftsrechts: Konvergenz und Divergenz, Basel 2012, 107
- TAGMANN CHRISTOPH, Bundesgericht, II. öffentlich-rechtliche Abteilung, Urteil vom 29. Juni 2012, Publigroupe SA, Publicitas SA, Publicitas Publimedia SA, Publicitas Publimag SA, Publicitas Mosse SA, Verband Schweizerischer Werbegesellschaften c. Wettbewerbskommission (BGer 2C\_484/2010), AJP 2013, 464
- VAHRENHOLT OLIVER, Das Tatbestandsmerkmal des „Erzwingens“ in EVD/Swisscom (Schweiz) AG, SZW 2011, 497
- VLCEK MICHAEL, Die Erzwingung unangemessener Preise im Kartell- und Fernmelderecht – Eine rechtsvergleichende Untersuchung, Zürich 2013

WEBER ROLF H., „Erzwingung unangemessener Preise“ – Wohin geht der Weg?, Jusletter 1. November 2010

ZÄCH ROGER, Querverbindungen bzw. „Harmonisierung“ des schweizerischen mit dem europäischen Kartellrecht, in: BREUSS FRITZ/COTTIER THOMAS/MÜLLER-GRAFF PETER-CHRISTIAN (Hrsg.), Die Schweiz im europäischen Integrationsprozess, Baden-Baden 2008, 183

## **Materialienverzeichnis**

Bericht des Bundesrates zur Abschreibung der Motion Schweiger (07.3856): ausgewogeneres und wirksameres Sanktionssystem für das Schweizer Kartellrecht vom 15. Februar 2012, BBl. 2012, 1835

Botschaft zum Entwurf eines Bundesgesetzes über Kartelle und ähnliche Organisationen vom 18. September 1961, BBl. 1961 II, 553

Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 23. November 1994, BBl. 1995 I, 468

Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001, BBl. 2002, 2022

Botschaft zur Änderung des Kartellgesetzes und zum Bundesgesetz über die Organisation der Wettbewerbsbehörde vom 22. Februar 2012, BBl. 2012, 3905

Erläuternder Bericht zur Änderung des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Teil 2: Umsetzung der Motion Schweiger (07.3856): Ausgewogeneres und wirksameres Sanktionssystem für das Schweizer Kartellrecht (zit. als Erläuternder Bericht, Teil 2)

Evaluation gemäss Art. 59a Kartellgesetz, Synthesebericht der Evaluationsgruppe Kartellgesetz, Bern 2009 (zit. als Synthesebericht Evaluation KG 2009)

Medienmitteilung der Europäischen Kommission vom 21. November 2001, IP/01/1625

Recht und Politik des Wettbewerbs (RPW) 2000/2, Bern 2000

Recht und Politik des Wettbewerbs (RPW) 2007/2, Bern 2007

Stiftung Werbestatistik Schweiz, Werbeaufwand Schweiz, Datenerhebung 2011 (zit. als Werbeaufwand Schweiz)